

# Tijdschrift voor Arbitrage, BITs, MITs, TTIP en IDR

Vindplaats: TVA 2016/1

Auteur: Prof. mr. H.J. Snijders<sup>[1]</sup>

Bijgewerkt tot: 16-02-2016

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)



## 1. Inleiding

Investeringsverdragen – *Bilateral Investment treaties* (BITs) en *Multilateral Investment Treaties* (MITs) – zijn momenteel voorwerp van een soms pittig publiek debat, ook in de algemene media. De discussie over deze grondslagen voor *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) lijkt in een stroomversnelling gekomen te zijn bij de voorbereiding van een ontwerp voor een *Transatlantic Trade & Investment Partnership* (TTIP). Na een *concept paper* van de Europese Commissie (EC), waarbij nog gedacht werd aan pure arbitrage<sup>[2]</sup>, kwam er op 16 september 2015 een EC-ontwerp voor TTIP, dat in hoofdstuk II (*Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*) voorziet in een iets andere vorm van *International Dispute Resolution* (IDR) ten overstaan van – wat genoemd wordt – een *investment court*. Dit EC-ontwerp is sindsdien nog enigszins aangepast en vervolgens op 12 november 2015 als voorstel voorgelegd aan de VS.<sup>[3]</sup>

De discussie ziet zowel op de materiële als op de processuele kant van dit soort verdragen. De materiële rechten van investeerders ter bescherming van hun buitenlandse investeringen blijven hier buiten beschouwing; andere materieelrechtelijke onderwerpen in die (ontwerp)verdragen, die zoals het ontwerp voor TTIP, mede gericht zijn op de vrije handel laat ik hier evenzeer terzijde. In dit redactionele artikel is alleen de processuele kant van de discussie aan de orde. Met name gaat het om de vraag of arbitrage dan wel overheidsrechtspraak de voorkeur verdient als IDR-mechanisme bij dergelijke verdragen. Die formele kant van de discussie biedt genoeg stof tot nadenken.<sup>[4]</sup>

## 2. Ecuador/Chevron op onderdelen

Laat ik, mede voor het comfort van lezers van TvA die niet zo vertrouwd zijn met *investment treaty-based arbitration*, eerst nog eens aandacht besteden aan een aantal voor ons onderwerp relevante aspecten van het arrest van de Hoge Raad in de zaak Ecuador/Chevron en van de daaraan voorafgaande conclusie van A-G Spier.<sup>[5]</sup> Deze analyse dient als eerste aanzet en opmaat voor de beantwoording van bovenstaande kernvraag. Ik beperk mij hierbij voornamelijk tot een herhaling en, hier en daar, verdieping van een aantal relevante onderdelen uit mijn NJ-noot onder het arrest.

Ecuador geeft een concessie voor oliewinning en exploitatie af aan TexPet (waarvan Chevron indirect aandeelhoudster is). Na de expiratie van deze concessie maakt TexPet van eind 1991 tot eind 1993 zeven procedures aanhangig bij gerechten in Ecuador; de vorderingen van TexPet in deze procedures berusten op door TexPet gestelde toerekenbare tekortkomingen ten aanzien van verplichtingen van Ecuador op grond van de door partijen aangegane concessie-overeenkomst. Aangezien deze procedures zeer langzaam blijken te verlopen en niet daadwerkelijk afgehandeld worden door de Ecuadoraanse rechter, beginnen Chevron en TexPet in de loop van 2006 een arbitrageprocedure tegen Ecuador, waarin zij schadevergoeding vorderen wegens – kort gezegd – *denial of justice*; die denial of justice komt ook feitelijk vast te staan (vgl. de conclusie van A-G Spier sub 5).

Deze arbitrage wordt aanhangig gemaakt op grondslag van een in 1993 tussen de VS en Ecuador gesloten bilaterale investeringsovereenkomst (in het Nederlands afgekort als IBO), een BIT dus. Deze BIT is in 1997 in werking getreden.<sup>[6]</sup> Dit verdrag voorziet inderdaad, zoals de meeste IBO's/BITs, in de mogelijkheid van arbitrage. In dit verdrag wordt gekozen voor arbitrage onder de *UNCITRAL Arbitration Rules (UAR)*. Destijds golden de UAR van 1976; de *Revised UAR* zijn pas in 2010 vastgesteld (en in 2013 aangevuld waarover later meer). Het arbitraal beding in een verdrag als dit laat zich mede lezen als een derdenbeding ten gunste van private investeerders, die tegen een van de verdragspartijen willen arbitreran; door de aanvaarding van dit arbitraal beding door de derde – de investeerder – komt de overeenkomst tot arbitrage tot stand.<sup>[7]</sup> De vordering is gebaseerd op schending van art. II lid 7 BIT:

“Each party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorizations.”

Het scheidsgerecht arrangeert dat de *Permanent Court of Arbitration (PCA)* te Den Haag fungeert als *registry* in deze arbitrageprocedure. Bij gebreke van een overeenkomst hieromtrent van partijen zelf bepaalt het scheidsgerecht ook de juridieke plaats van arbitrage (vgl. het toepasselijke art. 16 UAR 1976; zie inmiddels art. 18 UAR 2010, dat voor zover relevant overigens inhoudelijk ongewijzigd is). Het scheidsgerecht kiest ook voor Den Haag als plaats van arbitrage. Deze beslissingen zijn te vinden in de *Interim Award* van 1 december 2008 en wel in de onderdelen 16 jo. *Procedural Order No. 1* respectievelijk 20 jo. *Procedural Order No. 2*.<sup>[8]</sup>

Het scheidsgerecht wijst de vorderingen van Chevron en TexPet toe in de *Partial Final Award* van 30 maart 2010 en de *Final Award* van 31 augustus 2011.<sup>[9]</sup>

Ecuador vordert vervolgens vernietiging van de arbitrale vonnissen bij de Nederlandse overheidsrechter, dit omdat er geen geldige overeenkomst tot arbitrage zou zijn voor het geschil bij het scheidsgerecht. Het arbitraal beding (art. VI BIT) zou volgens Ecuador alleen van toepassing zijn op 'investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter', zoals art. XII BIT bepaalt; de investeringen waren immers in 1992 geëindigd en het verdrag was eerst in 1997 in werking getreden.

De rechtbank en het hof wijzen de vordering tot vernietiging af. Het hof oordeelt dat de term 'investment' in art. XII BIT dient te worden uitgelegd conform de betekenis die de term heeft volgens art. I BIT. Art. I

BIT bepaalt onder meer (niet al te fraai overigens): "For the purposes of this treaty (...) 'investment' means every kind of investment (...) and includes (...) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment". Hoe daarover te denken?

Een van de prealabele vragen die rijzen is die naar het toepasselijk arbitragerecht. Redenerend vanuit het arbitragerechtelijk discours is die vraag niet moeilijk te beantwoorden. Nu de juridieke plaats van arbitrage in Nederland is bepaald, geldt volgens Nederlands internationaal privaatrecht ook het Nederlands arbitragerecht (art. 1073 Rv (oud); zo ook art. 1073 Rv (nieuw)). De Nederlandse rechter is dan ook bevoegd en verplicht een vordering tot vernietiging te beoordelen (art. 1064 lid 2 jo. art. 1058 lid 1 sub b Rv (oud); dezelfde uitkomst geldt naar nieuw recht (art. 1064a Rv). Hij dient dan ook te toetsen aan de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv (oud en nieuw) waaronder de vernietigingsgrond sub a: het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage en daarmee van de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Een scheidsgerecht heeft altijd de bevoegdheid om zijn eigen bevoegdheid te beoordelen, aldus de leer van de *competence-competence* (*Kompetenz/Kompetenz*). Echter, ook al acht het zich bevoegd, de overheidsrechter heeft op dit punt uiteindelijk het laatste woord, gezien het fundamentele, onder meer in art. 14IVBP en art. 6 EVRM neergelegde recht op toegang tot de overheidsrechter (art. 1052 lid 1 Rv (oud en nieuw)).

Gelet op het deels volkenrechtelijke karakter van BITs is echter wel betwist dat op BIT-arbitrages in een bepaald land het arbitragerecht van dat land – de *lex arbitri* – van toepassing is. Zie recent A.V.M. Struycken.<sup>[10]</sup> Vgl. eerder bijvoorbeeld Van Haersolte-van Hof,<sup>[11]</sup> onder verwijzing naar een discussie hierover in een onder de BIT tussen de VS en Ecuador gevoerde arbitrage- en vernietigingsprocedure in Engeland. In die zaak achtte de Engelse Court of Appeal zich toch geroepen de vordering tot vernietiging overeenkomstig Engels arbitragerecht te beoordelen, juist gezien het hybride karakter van BITs, die een mede privaatrechtelijk instrument bieden aan investeerders om hun recht te halen ten opzichte van buitenlandse mogendheden.<sup>[12]</sup> In de Nota naar aanleiding van het Verslag voor de Arbitragewet 2015 wordt overigens de toepasselijkheid van Nederlands arbitragerecht op investeringsarbitrages in Nederland bevestigd.<sup>[13]</sup> Zo ook kennelijk de Nederlandse rechter in de zaak Ecuador/Chevron. Zie m.n. r.o. 4 van het hof, waar in cassatie geen punt van is gemaakt. Zie voorts r.o. 4.2. van de rechtbank.

Volledigheidshalve merk ik hierbij nog op dat voor BIT-arbitrages onder het *ICSID*-regime de zaak anders ligt nu het ICSID-verdrag (de *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States*, die voorziet in arbitrage onder auspiciën van de *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID))<sup>[14]</sup> voorziet in een eigen stelsel voor acties met betrekking tot onder dat regime gewezen arbitrale vonnissen. Zie voor de vernietiging art. 52 ICSID-verdrag. Te bedenken valt hierbij dat ICSID-arbitrage de meest gekozen arbitragevariant vormt bij BITs. UNCITRAL-arbitrage, zoals i.c., vormt een goede tweede. Bij UNCITRAL-arbitrage – arbitrage onder de UNCITRAL Arbitration Rules – is in beginsel geen sprake van 'floating arbitration' ('denationalised arbitration') zoals bij ICSID-arbitrages ('in beginsel', dat wil zeggen afgezien van een verdragsrechtelijke grondslag daarvoor).<sup>[15]</sup>

Gegeven de toepasselijkheid van het Nederlands arbitragerecht, moest de overheidsrechter dus beoordelen of er i.c. sprake was van een geldige overeenkomst tot arbitrage.

Wat de formele rechtsgeldigheid betreft, lag er geen probleem, nu art. 1021 Rv (oud en nieuw) ter zake slechts de bewijseis van een geschrift stelt en daaraan was in dit geval ruimschoots voldaan. Zie overigens ook art. II van het Executieverdrag van New York, dat voor tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis overeenkomstig dat verdrag wel een geschrift als constitutieve eis stelt, al wordt die eis opgerekt,

mede op basis van een recommendation van UNCITRAL (de *United Nations Commission on International Trade Law*).<sup>[16]</sup>

Wat de materiële rechtsgeldigheid betreft, rijst de vraag naar welk recht die te beoordelen valt. Onder het oude, in deze zaak nog toepasselijke recht, is de overeenkomst tot arbitrage in ieder geval geldig, indien deze rechtsgeldig is volgens het recht van de plaats van arbitrage (art. 1073 Rv jo. art. 1020 Rv). Art. 10:166 BW (nieuw; art. II Arbitragewet 2015), kiest voor een nog ruimere ('most favorite') benadering:

"In afwijking van artikel 154 (art. 10:154 BW; HJS) is een overeenkomst tot arbitrage materieel geldig als zij geldig is naar het recht dat partijen hebben gekozen of naar het recht van de plaats van arbitrage of, indien partijen geen rechtskeuze hebben gedaan, naar het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft."<sup>[17]</sup>

Voor dit geval wijzen de oude en de nieuwe wet in dezelfde richting: beoordeling dient te geschieden conform het recht van de plaats van arbitrage. Andere volgens de nieuwe wet wel mogelijke aanknopingspunten zijn in casu niet aan de orde. Wel kunnen hierbij, nu het gaat om een arbitraal beding in een (BIT-)verdrag, specifieke regels van internationaal publiekrecht een rol spelen. Zie in dit verband op basis van de Arbitragewet 2015 overigens art. 10:167 BW, dat enige publiekrechtelijke belemmeringen voor de aanneming van een geldige overeenkomst tot arbitrage wegneemt daar waar het gaat om bepaalde verweren van staten die als procespartij in een arbitrageprocedure optreden. In de onderhavige zaak draait de materiële rechtsgeldigheid van de overeenkomst tot arbitrage als grondslag voor de gewezen arbitrale vonnissen om de uitleg van de overeenkomst waarin deze te vinden valt, dus om de uitleg van de BIT. Terecht heeft het hof geoordeeld dat de uitleg van het arbitraal beding van art. VI BIT dient te geschieden volgens de regels die zijn neergelegd in art. 31-32 Weens Verdragenverdrag (WVV), aldus de Hoge Raad in r.o. 4.3, die vervolgens in r.o. 5.1 e.v. overweegt dat de uitleg van het hof niet onbegrijpelijk is.

### 3. Ecuador/Chevron en HR/AG jis. BITs

Binnen het bestek van dit artikel is het niet nodig de beslissingen van de Hoge Raad op zichzelf nader te analyseren.<sup>[18]</sup> Interessanter lijkt het de aanpak van de Hoge Raad te bezien in het licht van de conclusie van de A-G. De A-G had bepleit dat de actieradius van arbitrale bedingen in BITs, indien redelijkerwijs mogelijk, restrictief dient te worden geïnterpreteerd (zie met name zijn conclusie sub 5.21), maar vond daarin geen gehoor bij de Hoge Raad. Zijn betoog is er, kort gezegd, op gebaseerd dat de arbitrale rechtspleging in BIT-zaken niet goed functioneert en daarmee komen wij bij de kernvraag van dit artikel. Nu alvast de constatering dat de Hoge Raad reeds op andere gronden het hoofd terecht koel hield. Verdragspartijen kiezen welbewust voor arbitrage voor geschillen. Het is in eerste instantie aan het scheidsrecht en uiteindelijk zo nodig aan de rechter om vast te stellen welke geschillen zij precies aan arbitrage hebben willen onderwerpen. Dat kan geschieden aan de hand van WV-regels of soortgelijke regels van internationaal publiekrecht. Aan de hand van die regels voor de uitleg komt men tot een bepaald uitlegresultaat. Wie op voorhand binnen de uitlegmogelijkheden die zich voordoen, een restrictief resultaat nastreeft, doet geen recht aan de partij-autonomie die ook bij internationale overeenkomsten vooropstaat.

Intussen schetst de A-G wel een heel droef maar tevens heel overzichtelijk en behulpzaam beeld van de bezwaren die wel aangevoerd zijn tegen arbitrage in *ISDS*- in het bijzonder BIT-zaken; het niet door

hem maar wel door anderen genoemde punt van gebrek aan transparantie komt later nog aan de orde. Spier noemt als (mogelijke) nadelen gebrek aan onafhankelijkheid, onpartijdigheid en kwaliteit van de arbiters, gebrek aan coherentie van de arbitrale vonnissen, gebrek aan 'sufficient legitimacy' van 'ad hoc benoemde arbiters', gebrek aan beroepsmogelijkheden en de hoge kosten zowel van de raadslieden als van de arbiters. Hij kan zich daarbij ontegenzeggelijk beroepen op een aantal in dezelfde richting wijzende bronnen en doet dat ook t.a.p. [19] Ik herken dat beeld maar in beperkte mate en bovendien niet generaal.

In beperkte mate herken ik het, nu de door Spier vermelde nadelen deels inderdaad aan (BIT-)arbitrage verbonden kunnen zijn. Die mogelijke nadelen zullen hierna nog uitvoerig de revue passeren. Nu stel ik alleen de vraag of verdragspartijen en hun internationale investeerders beter af zouden zijn met de overheidsrechter. Gesteld dat de bestaande BITs en MITs niet in arbitrage zouden voorzien, dan zou men toch in de regel uitkomen op de rechter van het land van de verwerende partij. In een groot aantal landen betekent dit dat de eisende partij, hoe zeer zij ook in haar recht kan staan, rechteloos wordt of althans slechter ervan afkomt dan bij een neutrale rechter uit een derde land. De onderhavige zaak demonstreert dat ten voeten uit, gelet op de denial of justice in Ecuador zelf. Daar komt bij dat arbitrale uitspraken anders dan rechterlijke uitspraken bijna overal ter wereld op de voet van het Executieverdrag van New York tenuitvoergelegd kunnen worden, andere voordelen nog daargelaten. Arbitrage is realiter dan ook dikwijls het enige adequate instrument voor rechtsbescherming. [20]

Dat ik het beeld van de A-G ook in beperkte mate niet generaal herken, ligt hieraan dat het ene type arbitrage niet het andere is. UNCITRAL-arbitrage is anders dan ICSID-arbitrage in beginsel niet 'denationalised' en dus vatbaar voor controle door de overheidsrechter van de plaats van arbitrage, die in een neutraal land kan en zal worden gekozen, zoals Ecuador/Chevron demonstreert.

Verdragspartijen kunnen die controle niet wenselijk achten om voor hen moverende redenen – bijvoorbeeld verschillen in (rechts)cultuur en taal, aanvullende kosten en tijdverlies – maar zij kunnen er nu juist ook wel voor kiezen. UNCITRAL-arbitrage kent bovendien sinds de invoering van de UAR 2010 een systeem van kostenbewaking door de PCA (zie art. 41 UAR 2010), al zullen op voordien gesloten BITs dikwijls nog de UAR 1976 van toepassing zijn. Afhankelijk van het gekozen arbitragetype, wordt er ook adequaat voorzien in wrakingsmogelijkheden, waarbij de PCA eveneens direct of indirect betrokken is (zie bijvoorbeeld art. 10 UAR 1976 en art. 12 UAR 2010). Bovendien voorzien de UNCITRAL Rules 2010 sinds 2013 voor Treaty-based Investor-State Arbitration in een aanvullende regeling voor de transparantie van dit type arbitrage (men zou deze dan ook wel kunnen aanduiden als de UNCITRAL Arbitration Rules 2013, maar nu het slechts gaat om de aanvulling van één artikel en de toevoeging van een appendix blijf ik deze hier aanduiden als de UNCITRAL Arbitration Rules 2010, waarover later meer). Deze lenen zich ook voor toepassing in ICSID-arbitrages. [21] Die transparantie biedt ook zekere mogelijkheden voor controle.

Bij gebreke van een arbitraal beding, is de investeerder uit een bepaald land (de *home state*) in de regel genoodzaakt te procederen bij de overheidsrechter van het gastland (de *host state*). In het publieke debat lijkt er niet altijd oog te zijn voor de vraag of er in het gastland wel sprake is van onafhankelijke, onpartijdige en ook anderszins adequate rechtspleging. Zie bijvoorbeeld de als positief te duiden woorden van de A-G over het rechtssysteem in Ecuador in zijn conclusie sub 5.18 en 12.7. Laat ik die woorden ter illustratie relateren met een paar citaten uit andere bronnen, die overigens op een andere Ecuadoraanse zaak betrekking hebben (de Lago Agrio zaak). Zo betoogt Whytock: [22] 'the Ecuadorian judgment in this case was rendered under a system which does not provide impartial



tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law'. Zie in dezelfde zin de beslissing van de US District Court of New York d.d. 4 maart 2014:<sup>[23]</sup> 'In sum, this Court finds that Ecuador, at no time relevant to this case, provided impartial tribunals or procedures compatible with due process of law' (p. 433) en 'The decision in the Lago Agrio case was obtained with corrupt means' (p. 485). Zelfs al zouden dergelijke observaties onjuist of overtrokken zijn, dan nog is er alles voor te zeggen dat verdragspartijen voorzien in geschilbeslechting in een ander land dan dat van hen zelf, al is het maar om de schijn van een gebrek aan onafhankelijke en onpartijdige beoordeling te voorkomen. Een aantal van de mogelijke nadelen van arbitrage is hiermee al in belangrijke mate weersproken, maar ik kom hier als gezegd toch nog uitvoerig op terug, temeer nu het te bespreken ontwerp voor TTIP wel lijkt te voorzien in een alternatief voor pure arbitrage.

## 4. Arbitrage en rechtspleging van overheidswege zijn geen van beide uniform

Gaandeweg tendeerde bovenstaande, relatief korte analyse van de Nederlandse zaak al naar enige algemene beschouwingen. Die laten zich aanvullen met enkele voor experts mogelijk triviale beschouwingen die erop neerkomen dat men geen appels met peren moet vergelijken. In het publieke debat gebeurt dat echter wel vaak en daarom toch die voor insiders mogelijk voor de hand liggende observaties, die reeds uit de voorgaande, korte analyse van Ecuador/Chevron getrokken kunnen worden.

Dé beslissende (arbitrale of rechterlijke) instantie bestaat niet. Er is geen sprake van enige uniformiteit. Afhankelijk van het toepasselijke nationale procesrecht kunnen grote verschillen optreden qua kwaliteit van die instantie. Voor arbitrage komt daar bij dat daar waar de overheidsrechter bij die arbitrage toch een functie heeft, de nationale rechtspleging en de nationale rechter van de staat van de juridieke plaats van arbitrage van belang zijn, met name als het gaat om een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis.

Dé arbiter of dé rechter bestaat evenmin. Het is nog steeds geen doodoener om te zeggen dat *arbitration is as good as arbitrators are*. Evenzeer geldt dat *state court jurisdiction is as good as state judges are*.

Er is bovendien, als gezegd, geen sprake van één type arbitrage. Gedacht kan met name worden aan UNCITRAL-arbitrage, ICSID-arbitrage, andere institutionele arbitrage zoals die van ICC en NAI alsmede arbitrage ad hoc. Het maakt voor de bepaling van de argumenten pro en contra arbitrage nogal wat uit welke arbitrage men hierbij op het oog heeft, zoals hierboven al bleek.

## 5. BITs en MITs in het algemeen jjs. ICSID, UNCITRAL en EC

Nu iets meer over voor- en nadelen van BIT- en MIT-arbitrage. Voor een goed begrip van de juridische, arbitrale infrastructuur is het wellicht behulpzaam eerst enige algemene opmerkingen te maken over die BITs en MITs alsmede hun relatie met ICSID en UNCITRAL.

Er zijn bijna 3000 BITs (= bilaterale investeringsverdragen) in de wereld gesloten, die voorzien in arbitrage als mechanisme voor geschillenbeslechting. Nederland heeft circa 100 BITs gesloten.<sup>[24]</sup>

Naast de BITs bestaan multinationale investeringsverdragen (MITs), maar niet zo veel. Een belangrijke MIT is NAFTA (*North American Free Trade Agreement*; de Noord-Amerikaanse Vrijhandelsovereenkomst, die gesloten is door de Verenigde Staten, Canada en Mexico). Een andere

MIT, die belangrijk is voor ons, is de *ECT (Energy Charter Treaty)*, het Energieverdrag met 54 lidstaten, waaronder Nederland en ook de EU. Beide MITs kunnen worden beschouwd als investeringsovereenkomsten, ook al dekken zij tevens andere onderwerpen.

Zowel de BITs als de MITs voorzien voor geschillen tussen een investeerder uit een bepaalde home state en de host state in arbitrage. Voor zover mij bekend wordt hierbij steeds voor institutionele, althans reglementaire arbitrage gekozen; veelvuldig worden hierbij verschillende opties aangeboden, die de investeerder de mogelijkheid bieden te kiezen voor de door hem gewenste institutionele of reglementaire arbitrage. Het meest favoriet is arbitrage onder de ICSID Rules, op een na het meest favoriet is arbitrage onder de UNCITRAL Rules. ICSID staat als gezegd voor de International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). Dit is tot stand gebracht bij het ICSID-verdrag<sup>[25]</sup>, geïnitieerd door de Wereldbank, ondertekend en geratificeerd door ongeveer 150 staten en in 1966 oorspronkelijk in werking getreden voor 20 staten. Het ICSID-verdrag voorziet in conciliatie en arbitrage voor investeringsgeschillen tussen verdragsluitende staten en onderdanen van andere verdragsluitende staten. De bepalingen van het ICSID-verdrag worden aangevuld met regelingen en reglementen zoals het ICSID-arbitragereglement (de *ICSID Arbitration Rules*).<sup>[26]</sup>

UNCITRAL is de United Nations Commission on International Trade Law. De Commissie doet haar werk grotendeels via werkgroepen waaronder, misschien wel in de eerste plaats, de werkgroep Arbitration and Conciliation. Deze Commissie concipieerde de zogenoemde UNCITRAL Arbitration Rules 1976, die in 2010 werden herzien en in 2013 werden aangevuld, zoals al even aangestipt.<sup>[27]</sup> De auctor intellectualis van de UNCITRAL Arbitration Rules 1976 was prof. mr. Pieter Sanders. De versie van 2010 kan worden beschouwd als een update. De versie van 2013 bevat uitsluitend een aanvulling op art. 1 – een nieuw vierde lid – met een appendix, die bestaat uit de zogenoemde *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (de '*Rules on Transparency*');<sup>[28]</sup> die versie van 2013 is op 1 april 2014 van kracht geworden. Zoals vermeld op de website van UNCITRAL kunnen de Transparency Rules ook van toepassing worden verklaard op arbitrages op basis van eerder gesloten BITs en MITs. Deze regels zijn daarop toepasselijk indien de verdragspartijen of de procespartijen in een concreet geschil die regels van toepassing verklaren. Toepasselijkheid kan tevens gerealiseerd worden doordat de partijen bij een ouder investeringsverdrag de zogenoemde Mauritius Convention 2014<sup>[29]</sup> ratificeren, die UNCITRAL speciaal ter facilitering van die terugwerkende kracht heeft geconcipieerd. De Rules on Transparency zijn geconstrueerd als een appendix van de UNCITRAL Arbitration Rules 2010, opdat zij ook gemakkelijk van toepassing kunnen worden verklaard op andere dan UNCITRAL-arbitrages.

Arbitrage onder de UNCITRAL Arbitration Rules laat zich kwalificeren als reglementaire ad hoc arbitrage. Zoals hierboven al bleek, is bij de UNCITRAL Arbitration Rules in 2010 een nog prominentere rol toebedeeld aan de PCA. Deze is inmiddels zo groot geworden dat men hier wel spreekt van semi-institutionele arbitrage. Het blijft, hoe dan ook, een vorm van reglementaire arbitrage.

Wellicht ten overvloede merk ik bij dit alles nog op dat het fenomeen van BITs binnen de EU (zogenoemde *intra-EU BITs*), inmiddels een hot issue op zichzelf vormt. Volgens de Europese Commissie zouden deze BITs het Europees recht schenden. Daarom heeft de Europese Commissie in 2015 inbreukprocedures (*infringement procedures*) ingeleid tegen (aanvankelijk) vijf lidstaten, waaronder Nederland, eisende dat deze hun intra-EU-BITs zouden beëindigen.<sup>[30]</sup> De door die verdragen gegarandeerde investeringsbescherming zou niet meer nodig zijn volgens de Europese Commissie, omdat alle lidstaten zijn onderworpen aan de dezelfde EU-regels voor de interne markt, waaronder die voor grensoverschrijdende investeringen (in het bijzonder de regels

inzake de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal); alle EU-investeerders profiteren ook van dezelfde bescherming dankzij EU-regels (zoals regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van nationaliteit). Intra-EU-BITs kennen rechten toe op bilaterale basis aan beleggers uit slechts enkele lidstaten; volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is dergelijke discriminatie op grond van nationaliteit onverenigbaar met het EU-recht, aldus de Europese Commissie. Of zoals Jonathan Hill, Euro-commissaris voor Financiële stabiliteit, financiële diensten en kapitaalmarktenunie zei:

“Intra-EU bilateral investment treaties are outdated and as Italy and Ireland have shown by already terminating their intra-EU BITs, no longer necessary in a single market of 28 Member States.”

In theorie moge dit zo zijn maar de vraag rijst wel of deze bescherming voldoende door de nationale rechtbanken van de gastlanden kan worden gegarandeerd. Partij X uit land A voelt zich niet prettig bij beslechting van haar geschil met staat B door de overheidsrechter te B. Zij zal al gauw de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de beoordelende overheidsrechter in twijfel trekken. Dat klemmt temeer nu, als gezegd, de kwaliteit van de rechtspleging en rechtsbescherming in Europa nogal verschilt van staat tot staat en de ene overheidsrechter de andere niet is. Terecht ingeroepen investeringsbescherming wordt in sommige landen vermoedelijk niet gegeven, waardoor investeerders uit een bepaald land en daarmee indirect hun burgers, vele miljarden aan schade kunnen oplopen. Ter illustratie een voorbeeld van een arbitrage aanhangig gemaakt door een Nederlandse investeerder (volstaan wordt met een grove schets): Eureko (Achmea)/Polen,<sup>[31]</sup> Eureko – inmiddels herdoopt tot Achmea – had met Polen overeenstemming bereikt over de aankoop van de meerderheid van de aandelen (51%) in PZU, de grootste verzekeringsmaatschappij van Polen, dit in het kader van een privatisering van deze assuradeuren. De aandelen zouden worden geleverd in twee tranches. Na levering van de tweede tranche zou Eureko meerderheidsaandeelhouder worden en na de levering van de eerste tranche van de aandelen deed Eureko (dan ook) forse investeringen rond PZU in Polen. Vervolgens kwam er een nieuwe regering in Polen, die weigerde mee te werken aan de nadere privatisering en de levering van de tweede tranche. Eureko spande daarop, gebruikmakend van de Nederlands-Poolse BIT, een arbitrageprocedure tegen Polen aan, dit op grondslag van schending van diverse verplichtingen uit dat verdrag, feitelijk neerkomend op contractbreuk. Het scheidsgerecht gaf Eureko op die grondslag gelijk. Vervolgens werd de zaak ten gunste van Eureko geschikt voor pakweg € 2 miljard <sup>[32]</sup> In aanmerking nemende dat de Vereniging Achmea ongeveer 8 miljoen leden heeft, gaat het hier grof omgerekend om een bedrag van € 250 per verzekerde. Zou de Poolse rechter de staat Polen ook veroordeeld hebben tot betaling van een dergelijk bedrag?

## 6. Voor- en nadelen van BIT- en MIT-arbitrage ten opzichte van overheidsrechtspraak ter zake

Feit is dat ISDS (Investor-State Dispute Settlement dus) schier onlosmakelijk verbonden is aan arbitrage als hét voor de hand liggende IDR-mechanisme voor dit type geschil. Hoe zou dat komen? En hoe komt het dat arbitrage hét centrale IDR-mechanisme is bij de ICSID Convention? En waarom zou arbitrage zo stevig in het zadel gezet zijn door UNCITRAL als het IDR-mechanisme voor internationale handelsgeschillen? Men mag aannemen dat dit zo is, omdat internationaal voor dit soort geschillen in het algemeen arbitrage als een beter geschilbeslechtingmechanisme wordt gezien dan rechtspleging van overheidswege. Laten wij de twee vormen van IDR eens vanuit dat perspectief bekijken.



Dadelijk al een nuancering: een ideaal type van IDR bestaat niet, ook niet voor internationale handelsgeschillen of meer in het bijzonder – waar het nu om gaat – ISDS. Wel laten zich de beide vormen van ISDS op een aantal relevant voorkomende gezichtspunten vergelijken. Daarbij zou, strikt genomen, keer op keer gedifferentieerd moeten worden van nationaal procesrecht tot nationaal procesrecht, van beoordelaar tot beoordelaar en – als het gaat om arbitrage – van arbitragetype tot arbitragetype. Op praktische gronden kan dat hieronder slechts beperkt geschieden. De hierboven sub 3 besproken mogelijke nadelen van arbitrage in BIT-zaken zullen in ieder geval de revue passeren. In het publieke debat wordt, als gezegd, wel gesteld dat onafhankelijkheid en onpartijdigheid bij arbitrage minder goed gewaarborgd zouden zijn. Bij partij-arbitrage komt het wel voor dat een door partijen benoemde arbiter meer zijn oren laat hangen naar het standpunt van de partij die hem heeft benoemd dan naar het standpunt van de andere partij. Mijn ervaring is dat de meeste arbiters zich wel onafhankelijk opstellen en dat de onafhankelijke voorzitter-arbiter de neiging heeft minder goed te luisteren naar de argumenten van de in zijn ogen niet onafhankelijk opererende partij-arbiter. Arbiters die – naar het zich objectief laat aanzien – de schijn hebben niet onafhankelijk en onpartijdig te oordelen, kunnen veelal ook volgens het toepasselijk arbitragerecht gewraakt worden.<sup>[33]</sup> Hun arbitrale vonnissen zijn overigens in de meeste staten vernietigbaar. Die vonnissen zullen ook niet worden voorzien van een verlot tot tenuitvoerlegging van de rechter van de staat waar dat verlot gevraagd wordt. Daarnaast is het de moeite waard te vermelden dat arbiters in internationale arbitrage in de regel worden gekozen uit andere landen dan de betrokken landen (de home state en de host state als het gaat om investeringen op basis van arbitrage), althans dat de voorzitter uit een ander land wordt gekozen en dat de bijzitters dan gelijkelijk verdeeld afkomstig kunnen zijn uit de home state en de host state. Als het gaat om reglementaire arbitrage dan biedt betrokken reglement veelal ook nog wel waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Zie bijvoorbeeld art. 12-13 jis. 6 en 8-10 UAR 2010. Hierin wordt voorzien in een (externe) wrakingsregeling, waarbij de *appointing authority*, die de arbiters benoemt, betrokken is (vgl. art. 13 lid 4 UAR 2010). Dikwijls zal dat een door de secretaris-generaal van de PCA als *designating authority* aangewezen persoon zijn, maar deze secretaris-generaal kan ook met instemming van partijen zelf als *appointing authority* optreden; partijen kunnen bovendien kiezen voor een andere *appointing authority* (art. 6). Aan de andere kant komt het ook voor dat een overheidsrechter niet onafhankelijk en onpartijdig beslist, zeker als zijn 'eigen' staat een van de procespartijen is. Wrakingsverzoeken worden vaak behandeld door diezelfde overheidsrechter, althans hetzelfde gerecht; eventueel beroep tegen wrakingsbeslissingen van de overheidsrechter zal ook bij een overheidsrechter uit hetzelfde land moeten worden ingesteld. Beroep tegen de uitspraken van de overheidsrechter in de zaak zelf zullen vanzelfsprekend eveneens door een beroepsrechter in hetzelfde land behandeld moeten worden. Wrakingen tegen die beroepsrechter plegen op dezelfde wijze behandeld worden als die in eerste aanleg. Te bedenken valt daarentegen dat eventueel arbitraal appel tegen een arbitraal vonnis op neutraal terrein kan geschieden, nu partijen de plaats van arbitrage in een derde, niet bij de zaak betrokken land kunnen situeren. Dat geldt ook voor de procedure tot vernietiging van een arbitraal (appel)vonnis, nu de rechter van de plaats van arbitrage voor deze procedure bevoegd pleegt te zijn. Aldus kan ook een neutraal forum gecreëerd worden voor de behandeling van wrakingsgeschillen. Al met al, zijn er in het algemeen minstens evenveel waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid bij arbitrage als bij overheidsrechtspraak. Wat betreft de doorlooptijd van de procedure kan in het algemeen gezegd worden dat die beperkter is bij arbitrage dan bij overheidsrechtspraak, voor zover althans de procedure bij overheidsrechters op een zelfde kwaliteitsniveau wordt gevoerd als bij arbiters. Zo ontbreekt in de regel een arbitrale

beroepsinstantie en is vernietiging in de regel slechts op zeer beperkte gronden mogelijk, terwijl *full appeal* bij overheidsrechtspraak vaak regel is. Arbiters zijn veelal ook meer geveerseerd in ISDS dan overheidsrechters, wat de doorlooptijd ten goede kan komen. Een rol kan tevens spelen – denk aan de *denial of justice* in Ecuador/Chevron – dat de overheidsrechter eerder geneigd zal kunnen zijn de behandeling van een zaak te vertragen. Zeker valt dus in zijn algemeenheid niet te stellen dat ISDS tijdrovender is in geval van arbitrage dan in geval van overheidsrechtspraak. Nauwkeurige en gedifferentieerde gegevens bestaan ter zake echter niet. Daar komt bij dat in de discussie rond IDR bij ISDS het gezichtspunt van de doorlooptijd geen rol van betekenis lijkt te spelen. De belangen zijn zo groot dat men er graag wat tijd voor uittrekt, dit uiteraard binnen bepaalde grenzen, grenzen die bijvoorbeeld door de Ecuadoraanse rechter werden overschreden.

Sterker nog, in de discussie is, zoals bleek, wel als nadeel van arbitrage aangevoerd dat appel veelal ontbreekt, zodat de controle op het werk van arbiters beperkt is. Hoe hier nu tegen aan te kijken? Is de afwezigheid van een of meer (volledige) beroepsmogelijkheden nu een plus- of minpunt voor de kwaliteit? Sommigen zullen oordelen dat beroepsmogelijkheden de uitkomsten maar onnodig ophouden, anderen zullen denken dat beroepsmogelijkheden kwaliteitsbevorderend zijn. Partijen, ook verdragspartijen, kunnen door de keuze van een bepaald arbitrageland de mogelijkheden beïnvloeden, zo veel is waar. Zo wordt bij internationale arbitrages wel voor Zwitserland gekozen vanwege de mogelijkheid voor partijen om (via een *waiver*, al of niet via toepasselijkverklaring van een arbitragereglement zoals dat van ICC) rechterlijk beroep tegen een arbitraal vonnis uit te sluiten, afgezien van een beperkt beroep (*Révision/Revision*) op het hoogste gerechtshof ter plaatse.<sup>[34]</sup> Nog een ander voorbeeld: volgens art. 1064a lid 5 Rv (nieuw) kunnen partijen cassatieberoep in commerciële arbitrages uitsluiten. Ervan uitgaande dat *full appeal*, mits goed ingericht, kwaliteitsbevorderend kan zijn, zouden verdragspartijen dat ook kunnen voorzien, zoals in het dadelijk te bespreken ontwerp voor TTIP gebeurt. Hieraan laat zich nog toevoegen dat bij ICSID-arbitrage alleen een beperkte interne vernietigingsmogelijkheid bestaat (art. 52 ICSID Convention): op verzoek van de belanghebbende partij oordelen drie arbiters, die gekozen worden uit het ICSID *panel of arbitrators* (art. 3 jis. 12 e.v.), over het eerder gewezen arbitraal vonnis, waarbij geldt dat het hier om andere arbiters moet gaan dan degenen die het aangevallen vonnis hebben gewezen.

Voor zover er beroep openstaat, wordt dus een zekere coherentie van de jurisprudentie bereikt. In geval van arbitrage blijft die coherentie beperkt tot een bepaalde sector, bijvoorbeeld die van de arbitrale jurisprudentie binnen ICSID. In geval van overheidsrechtspraak blijft die coherentie beperkt tot de jurisprudentie van die staat. Uiteraard is het wel mogelijk dat arbiters en rechters zich mede laten leiden door uitspraken van arbiters en rechters uit andere sectoren of landen. In dit verband verdient aanmerking dat buitenlandse arbitrale rechtspraak in het algemeen, voor zover gepubliceerd, al of niet geanonimiseerd, beter toegankelijk is dan rechtspraak, dit met name dank zij de wereldwijd documenterende database/website [www.kluwarbitration.com](http://www.kluwarbitration.com) en ook doordat veelal gebruik wordt gemaakt van het Engels als procestaal.

Ten aanzien van de kwaliteit van de arbiters zij verder nog opgemerkt dat partijen zelf hen direct of indirect benoemen en die kwaliteit dus zelf in de hand hebben. Die directe of indirecte, maar steeds vrijwillige benoeming door partijen van arbiters geeft hun optreden ook de benodigde legitimatie. Ten aanzien van de kwaliteit van de procedure laat zich opmerken dat bij arbitrages in de regel meer maatwerk mogelijk is, nu hier de partij-autonomie ten aanzien van de procedure hoog in het vaandel staat. Men denke bijvoorbeeld aan *procedural orders* en *procedural timetables*, keuzes ten aanzien van de overlegging van stukken en het horen van getuigen, die arbiters na consultatie van partijen

vaststellen binnen de bij de aanvaarding van hun opdracht al op de arbitrage toepasselijke procedureregels. De arbitrale procedure kan dus, zowel vooraf als tijdens het proces, beter op maat worden gemaakt dan de rechterlijke, zeker daar waar de betrokken nationale rechtspleging fors is gestandaardiseerd en/of geminimaliseerd.

Van ISDS-arbitrage is wel vastgesteld dat die dikwijls buitengewoon duur is.<sup>[35]</sup> Overheidsrechtspraak ter zake is natuurlijk ook duur, met dien verstande dat de staat die pleegt te betalen afgezien van de griffierechten. In grote zaken – en dat zijn BIT- en MIT-zaken dikwijls – lijkt dit punt echter van ondergeschikt belang. Ook bij dit punt doet zich overigens weer de subvraag gelden of er sprake is van beroepsmogelijkheden en zo ja in hoeverre. Daarnaast kan opgemerkt worden dat sommige arbitragereglementen waarborgen tegen overmatige vergoedingen van arbiters bevatten. Vgl. bijvoorbeeld art. 41 UAR 2010. De rechtsbijstandskosten zullen bij beide systemen in grote, tijdrovende zaken in het algemeen zonder meer hoog zijn.

In het algemeen kan worden opgemerkt dat de arbitrage min of meer vertrouwelijk is in de meeste landen, waaronder Nederland,<sup>[36]</sup> maar er zijn veel uitzonderingen op grond van nationale wetgeving of op basis van arbitragereglementen. Op de argumenten pro en contra vertrouwelijkheid ga ik nu niet in.<sup>[37]</sup> Gezien de publieke belangen die bij BIT- en MIT-arbitrages betrokken zijn, is er gepleit voor meer transparantie van dergelijke arbitrages. Voor UNCITRAL was dit aanleiding om te voorzien in de eerder genoemde Transparency Rules, waarover nr. 5 supra. De Transparency Rules voorzien wel in uitzonderingen op de openbaarheid, zoals in het geval van staats- en bedrijfsgeheimen en bedreiging van getuigen.<sup>[38]</sup>

Van groot gewicht is de omstandigheid dat arbitrale vonnissen bijna overal in de wereld op grond van het Executieverdrag van New York van 1958 vatbaar zijn voor erkenning en tenuitvoerlegging. Gaat het om een rechterlijk vonnis uit een EU-staat en erkenning of tenuitvoerlegging van dat vonnis in een andere EU-staat dan is er ook geen probleem (dankzij Verordening 1215/2012 Brussel I (herschikking) en/of de Lugano Convention), maar daarbuiten zal dat niet het geval zijn, afgezien van spaarzame executieverdragen met andere landen (voor Nederland bestaan dergelijke verdragen niet afgezien van het executieverdrag met Suriname<sup>[39]</sup>). Voor ICSID arbitrations is vermeldenswaard dat zij gedernationaliseerd zijn en als zodanig niet vatbaar zijn voor erkenning en tenuitvoerlegging op de voet van het Verdrag van New York. Het ICSID-verdrag heeft op dit punt echter in art. 53-55 zijn eigen stelsel en voor zover mij bekend functioneert dat goed. Dat stelsel behelst, kort gezegd, dat een ICSID-vonnis door elke contractstaat moet worden erkend en uitgevoerd als ware het uit die staat zelf afkomstig.

De conclusie kan al met al luiden dat arbitrage in het algemeen voor ISDS adequater is dan overheidsrechtspraak, mede nu (verdrags)partijen in geval van een keuze voor arbitrage meer mogelijkheden hebben om de procedure op de door hen gewenste wijze in te richten. Via de bepaling van de juridieke plaats van arbitrage kunnen zij arbitraal procesrecht van desbetreffend land (de *lex arbitri*) kiezen. Verder kunnen zij in geval van arbitrage een bepaald reglement van toepassing verklaren en zelf procesregels vaststellen. Zij kunnen zelfs, als het gaat om ICSID-staten, kiezen voor *denationalised arbitration*.

## 7. Hoe nu te oordelen over TTIP in dit verband?

Het op 12 november 2015 door de EC aan de US gepresenteerde voorstel kiest voor een IDR-mechanisme, dat kan worden begrepen als een hybride figuur: een mixtum van arbitrage en een internationaal gerechtshof van interstatelijke signatuur. Ik neem hier de belangrijkste, aard en kwaliteit

bepalende kenmerken door.

Dit ontwerp voor TTIP (hierna ook *DTTIP*), biedt bindende geschillenbeslechting door een 'tribunal' (paragraaf 2.3.1 jo. 2.3.3 ff.), maar ook door onderhandelingen en bemiddeling (paragraaf 2.3.2). In het opschrift van paragraaf 2.3.1 wordt die geschilbeslechting door een tribunaal aangeduid als een 'Investment Court System'. Er wordt niet gesproken over 'arbitrators' maar over 'judges'. Hun beslissingen worden echter wel aangeduid als 'awards' en worden 'deemed to [be] arbitral awards' in de zin van art. 1 van het eerdergenoemde Executieverdrag van New York (art. 30 lid 5 DTTIP). Hiermee lijkt dus het probleem van de erkenning en tenuitvoerlegging van uitspraken van overheidsrechters geëlimineerd te zijn.

Het *Investment Court* bestaat uit 15 rechters in eerste instantie (art. 9 (2) DTTIP) en 6 rechters in hoger beroep (art. 10 (2) DTTIP). Zij worden benoemd door een commissie, waarvan de naam en de samenstelling op de kopijdatum van dit artikel nog niet bekend is (vgl. de stippellijnen in art. 9-10 DTTIP). Zowel in eerste aanleg als in beroep wordt recht gesproken door één Noord-Amerikaan, één Europeaan en één voorzitter uit een derde regio (art. 9 (6) DTTIP voor de eerste aanleg; art. 10 (7) DTTIP voor het hoger beroep). In wezen gaat het hier om kamers waaruit, via een loting, telkens drie rechters worden gekozen, die op de zaak zitten (art. 9 (7) DTTIP voor de eerste aanleg; art. 10 (9) DTTIP voor het hoger beroep). De rechters worden benoemd voor zes jaar en worden continu, zij het bescheiden, betaald voor hun permanente beschikbaarheid en krijgen daarnaast vergoedingen per zaak, die door de verdragspartijen respectievelijk de procespartijen betaald zullen worden (art. 9 (12-14) voor de eerste aanleg en – op het punt van de door procespartijen te betalen vergoedingen niet geheel duidelijk – art. 10 (12-13) voor het hoger beroep; zie voor een mogelijk systeem op langere termijn art. 9 (15) voor de eerste aanleg en art. 10 (14) voor het appel). Zij mogen niet als advocaat in soortgelijke zaken optreden (art. 9 (11) en 10 (11) DTTIP). Met dit systeem wordt de mogelijkheid voorkomen van belangenverstrengeling die kan optreden als personen nu eens arbitrerende dan weer als advocaat procederen. Men denke bijvoorbeeld aan A die arbiter is in een arbitragezaak waarbij B en C als advocaat optreden, in de wetenschap dat B kort daarvoor of daarna dan wel gelijktijdig als arbiter fungeert in een zaak waarbij A en D als advocaten optreden. In dit soort gevallen zou niet alleen – grof gezegd – een soort koehandel kunnen ontstaan, maar zouden ook *issue-conflicts* kunnen rijzen.<sup>[40]</sup> Dit soort belangenverstrengeling kan worden voorkomen door wraking, zoals hierboven aangegeven. Hoe dan ook kan de onderhavige constructie de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de beoordelaars nader waarborgen. De kosten van de beoordelaars kunnen bij dit systeem, afhankelijk van de nadere invulling van de honoraria per zaak, ook beperkter zijn als men hiervoor althans gekwalificeerde beoordelaars kan vinden.

De procedure wordt geadmistreerd door de ICSID of de PCA (art. 9 (16) voor de eerste aanleg; art. 10 (15) voor het hoger beroep). Hiermee wordt recht gedaan aan de expertise van beide instanties op het terrein van ISDS; omgekeerd kunnen aldus eventuele (aanvankelijke) leemtes in de arbitrage-expertise van de beoordelaars enigszins worden gecompenseerd.

Bovendien zijn de UNCITRAL Regels voor Transparantie van toepassing (art. 18 DTTIP). Daarmee is de door velen getoonde behoefte aan openbaarheid bij ISDS afgedekt.

De reeds genoemde mogelijkheid van beroep bestaat alleen op limitatief geformuleerde gronden (art. 29 DTTIP). Zoals eveneens gezegd werken beroepsmogelijkheden vertragend en kostenverhogend. De kwaliteit en de coherentie van de jurisprudentie kunnen er wel mee bevorderd worden. Men zou dan er echter wel goed aan doen om in beroep (met het oog op de gewenste kwaliteitsverhouding met de eerste aanleg) met vijf in plaats van drie rechters te oordelen.

Bedacht zij voorts dat het door het ontwerp beoogde verdrag wel het recht geeft aan investeerders om te procederen bij het Investment Court, maar hen in het licht van het verdragsrechtelijk gegarandeerde recht op toegang tot de overheidsrechter niet de plicht oplegt dat te doen. Investeerders behouden het recht op toegang tot de bevoegde overheidsrechter (veelal de rechter van de host state).

Al met al heeft deze hybride, die veel doet denken aan de constructie van de *Iran U.S. Claims Tribunal*, [41] verscheidene aantrekkelijke kanten; voordelen van beide vormen van geschilbeslechting worden hier gecombineerd. Wel vraag ik mij als gezegd af of dit investeringshof op basis van de beoogde condities voldoende gekwalificeerd bemenst kan worden, ook al kan de ICSID of de PCA hier hulp bieden. Verder kan men zich afvragen of het nu wel praktisch is om voor één verdrag, hoe belangrijk ook, weer een geheel nieuw internationaal hof op de internationale gerechtelijke kaart te zetten, al zouden staten bij andere verdragen zich hier wellicht bij kunnen aansluiten. Veel lijkt bij beide vragen af te hangen van de praktische uitwerking.

## Voetnoten

- [1] Hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Universiteit Leiden en hoofdredacteur van dit blad, [www.hjsnijders.com](http://www.hjsnijders.com). Dank zegt de auteur aan zijn student-assistent Alejandro Gonzalez, voor zijn documentatie en voor zijn redactionele hulp.
- [2] Zie voor deze concept paper d.d. 5 mei 2015 <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1365> sub 5.
- [3] Een en ander is tezamen met de bijbehorende 'Reading Guide' d.d. 16 september 2015 te vinden op de website [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu).
- [4] Zie voor de materiële kant bijv. Kamerbrief over studie naar investeerder-staat geschillenbeslechting in TTIP d.d. 25 juni 2014 jo. het als bijlage aan die brief toegevoegde rapport van Christian Tietje en Freya Baetens 'The Impact of Investor-State Dispute Settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership', waarin overigens ook procedurele suggesties worden gedaan die in het later te bespreken herzien ontwerp voor TTIP deels terug te vinden zijn (zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-1397.html>). Zie voor een overzicht van de materiële rechten die investeerders aan investeringsverdragen kunnen ontleen bijv. N. Blackaby & C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, sixth ed., New York: Oxford University Press 2015, p. 441 e.v., N. M. Van de Hel-Koedoot en B.R.D. Hoebeke, O&F 2013, p. 38 e.v. en in het kort ook Niek Peters, *IPR, Proces & Arbitrage, Over grondslagen en rechtspraktijk*, diss. Groningen, Antwerpen/Apeldoorn: MAKLU 2015, p. 142 e.v.
- [5] HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders, TvA 2015/6, m.nt. M.C. van Leyenhorst.
- [6] Zie voor de volledige tekst van dit verdrag bijv. [www.sice.oas.org/bits/usecu\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/bits/usecu_e.asp).
- [7] Uitvoerige beschouwingen ter zake vallen buiten het bestek van dit artikel. Zie voor de onderscheiden leren bijv.: Kate Parlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change*, Cambridge University Press: Cambridge 2011, p. 103 e.v.; Erik de Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, Cambridge University Press: Cambridge 2014, p. 60 e.v.; G. Kaufmann-Kohler and A. Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press: Oxford, 2015, p. 121, onder verwijzing naar een uitspraak van de hoogste Zwitserse rechter, die ook de constructie van het derdenbeding hanteert.
- [8] [www.italaw.com/documents/Chevron-TexacovEcuadorInterimAward.pdf](http://www.italaw.com/documents/Chevron-TexacovEcuadorInterimAward.pdf).
- [9] [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0151.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0151.pdf) respectievelijk [www.italaw.com/documents/ChevronEcuadorFinalAward.pdf](http://www.italaw.com/documents/ChevronEcuadorFinalAward.pdf).
- [10] A.V.M. Struycken, *Arbitration and State Contracts*, Hague Academy of International Law, Recueil des cours, Volume 374, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2015, p. 40 e.v.
- [11] J.J. van Haersolte-van Hof, WPNR 2014 (7003), p. 709 e.v.
- [12] Court of Appeal 9 september 2005, EWCA Civ 1116.
- [13] [Kamerstukken II 2013/14, 33611, nr. 5](#), p. 3.
- [14] Zie voor de tekst bijv. [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf).
- [15] Zie hierover bijv. G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, diss. Rotterdam, handesd. Kluwer: Deventer 2011, p. 335 e.v.; zie ook bijv. Eric de Brabandere, l.c. p. 49 e.v. (met de erkenning dat vele van zijn observaties alleen ICSID-arbitrages betreffen).
- [16] Vgl. Bijv. Marike Paulsson, 'The 1958 New York Convention Article II: Fit for Modern International Trade?'



[www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=BCDR2015007](http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=BCDR2015007), p. 117 e.v., Kluwer Law International: Alphen aan de Rijn 2015.

- [17] Zie voor deze materie nader, zij het nog vóór de totstandkoming van art. 10:166 BW, Meijer t.a.p., p. 374 e.v.
- [18] Dat gebeurt wel in mijn NJ-noot sub 4-6.
- [19] Met name gaat het hierbij om rapporten (onder auspiciën) van UNCTAD. Zie voor de argumenten pro en contra inmiddels ook bijv.: de hierboven aangehaalde noten bij het arrest en de daar vermelde bronnen; het weblog van Roger Alford d.d. 7 april 2015 onder verwijzing naar brieven van 'law professors' pro en contra en dat van Nikos Lavranos d.d. 8 juni 2015 onder verwijzing naar nog andere bronnen van voor- en tegenstanders, beide te vinden via [www.kluwerarbitrationblog.com](http://www.kluwerarbitrationblog.com).
- [20] Zie ook en nader Van Leyenhorst t.a.p., nr. 26.
- [21] ICSID zelf voorziet niet in het verdrag of in andere regelingen in transparantie, al wordt transparantie door ICSID wel in zekere mate bevorderd (<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/process/Pages/Confidentiality-and-Transparency.aspx>), waarover bijv. E.M. Hafner-Burton, Z.C. Steinert-Threlkeld & D.G. Victor, *Transparency of Investor-State Arbitration*, 2013 ([www.lawschool.cornell.edu/cornell-IL-IR/upload/Transparency-in-Arbitration-2.pdf](http://www.lawschool.cornell.edu/cornell-IL-IR/upload/Transparency-in-Arbitration-2.pdf)).
- [22] C. A. Whytock, 'Some cautionary notes on the 'Chevronisation' of transnational litigation', *Stanford Journal of Complex Litigation*, Vol. 1, 2013, p. 467 e.v., ook aangehaald door Ige F. Dekker en Nico J. Schrijver in AA 2014/7674 i.f.
- [23] *Chevron Corporation/Donziger*, 11 Civ. 0691 (LAK), p. 433 resp. p. 485. Raadpleegbaar op: <http://online.wsj.com/public/resources/documents/chevronruling.pdf>. Een appelprocedure ter zake loopt nog. Vgl. bijv. <http://guptawessler.com/wp-content/uploads/2015/11/Motion-for-Judicial-Notice-To-File.pdf> en <http://blogs.wsj.com/law/2015/11/05/latest-twist-in-chevron-ecuador-fight-focuses-on-key-witness/>.
- [24] Vgl. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148>.
- [25] O.m. toegankelijk via <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx>.
- [26] Bijv. te vinden op <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>.
- [27] O.m. te vinden via [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2010Arbitration\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html).
- [28] [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html).
- [29] [www.uncitral.org/uncitral/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html).
- [30] Zie bijv. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_nl.htm).
- [31] Zekerheidshalve meld ik zijdelings bij dit geschil betrokken te zijn geweest, namelijk als bestuurslid van Vereniging Achmea, meerderheidsaandeelhoudster van Eureko/Achmea. De hier vermelde gegevens ontleen ik aan de dadelijk te noemen openbare bronnen.
- [32] Zie voor de 'partial award' <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/124> jo. [www.italaw.com/cases/412](http://www.italaw.com/cases/412). Zie verder bijv. [www.achmea.com/SitecollectionDocuments/2009-10-02\\_1.pdf](http://www.achmea.com/SitecollectionDocuments/2009-10-02_1.pdf) (een gemeenschappelijke *press release* van Eureko en Polen), <http://news.achmea.nl/eureko-kappa-and-polish-state-treasury-sell-299-of-pzu-shares> (voor de afwikkeling) en E.J. Geraghty & N. Cingotti, *The Hidden Costs of EU Trade Deals, Friends of the Earth Europe* (p. 8) [www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/hidden\\_cost\\_of\\_eu\\_trade\\_deals\\_1.pdf](http://www.foeeurope.org/sites/default/files/publications/hidden_cost_of_eu_trade_deals_1.pdf).
- [33] Zie wat die schijn van afhankelijkheid en partijdigheid betreft voor ons land bijv. HR 18 februari 1994 (*Nordström/Nigoco*), NJ 1994/765, m.nt. H.J. Snijders, *TvA* 1994, p. 1867, m.nt. P. Sanders en *TPR* 2003, p. 1363, m.nt. E.J. Zippro.
- [34] Zie voor een voorbeeld HR 1 mei 2015, ECL:NL:HR:2015:1194 (*Çukurova/Sonera*), NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda, *JBPr* 2015/59, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk.
- [35] Vgl. bijv. Tietje en Baetens l.c., nr. 154 en het daar aangehaalde OECD rapport van 2012.
- [36] Vgl. H.J. Snijders, *TvA* 2014/22 op basis van de parlementaire geschiedenis van de Arbitragewet 2015.
- [37] Zie zojuist geciteerd artikel met verdere bronvermelding.
- [38] Zie ook bijv. J. Risse en N. Gremminger, *ASA Bulletin*, KLI 2015, Volume 33, Issue 2, p. 465 e.v.
- [39] Zie voor de uitbreiding met Aruba, Curaçao en Sint Maarten *Tr.* 2015/128.
- [40] Zie voor dat laatste de *Discussion paper* d.d. 10 maart 2015 van de *ICCA Taskforce on Issue Conflicts*, ([www.arbitration-icca.org/projects/Issue\\_Conflict.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Issue_Conflict.html)).
- [41] Zie hierover bijv. Jacomijn J. van Hof, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules, The Application by the Iran-U.S. Claims Tribunal*, T.M.C. Asser Instituut: Den Haag 1991. Zie i.h.b. p. 2 e.v. met nadere vindplaatsen voor de aard van het tribunaal.